[AZA 0/2]
5P.323/2001/sch

II. Z I V I L A B T E I L U N G **********

13. November 2001

Es wirken mit: Bundesrichter Reeb, Präsident der II. Zivilabteilung,
Raselli, Meyer und Gerichtsschreiber von Roten.

_____

In Sachen
I.M._____, Beschwerdeführer, vertreten durch Fürsprecher Dr. Martin Buser, Neuengasse 20, 3011 Bern,

gegen
S.M._____, Beschwerdegegnerin, vertreten durch Fürsprecher Gabriel Püntener, Effingerstrasse 4a, Postfach 7625, 3001 Bern, Appellationshof (II. Zivilkammer) des Kantons Bern,
betreffend

Art. 8 EMRK
(Abänderungsprozess; vorsorgliche Massnahmen),
wird im Verfahren nach Art. 36a OG
festgestellt und in Erwägung gezogen:

1.- Die Parteien stammen aus Serbien, wo sie 1998 die Ehe schlossen und sich 1999 haben scheiden lassen. Ihr gemeinsamer Sohn X._____, geboren am 6. März 1999 in Bern, wurde bei der Scheidung dem Vater zugesprochen. Seit dem
5. Januar 2001 ist bei der Zivilabteilung im Gerichtskreis VIII Bern-Laupen ein Verfahren auf Abänderung des in Svilajnac/Serbien ergangenen Ehescheidungsurteils hängig. Die Kindsmutter verlangt die Zuteilung der elterlichen Sorge über den gemeinsamen Sohn unter Anpassung der weiteren Kinderbelange.

Auf Gesuch der Kindsmutter S.M._____ verpflichtete die Präsidentin 6 im Gerichtskreis VIII Bern-Laupen den Kindsvater I.M._____, sämtliche Reise- und Identitätspapiere des Kindes X._____ auf der Gerichtskanzlei zu hinterlegen, und verbot ihm, das Kind aus der Schweiz wegzubringen oder wegbringen zu lassen, unter Androhung von Straffolgen im Widerhandlungsfall (Verfügung vom 11. Januar 2001). Diese superprovisorische Anordnung bestätigte die Gerichtspräsidentin im Rahmen vorsorglicher Massnahmen während des Abänderungsverfahrens und entsprach den weiteren Anträgen der Kindsmutter auf Einräumung eines Besuchsrechts und auf Errichtung einer Beistandschaft; dem Beistand in Bern wurde aufgetragen, die Abwicklung des Besuchsrechts zu unterstützen und zu gewährleisten, und der Kindsvater wurde verpflichtet, für die Ausübung der Besuche X._____ in Bern der Kindsmutter zu übergeben und ihn in Bern wieder in Empfang zu nehmen (Entscheid vom 1. März 2001). Nach Angaben des Kindsvaters war X._____ bereits am 15. Januar 2001 nach Svilajnac/Serbien verbracht worden; das Kind soll seither von seiner Grossmutter väterlicherseits dortselbst betreut werden.
Appellationsweise begehrte I.M._____, das Besuchsrecht sei umfangmässig einzuschränken, am Aufenthaltsort des Kindes (z.Zt. Svilajnac/Serbien) auszuüben und durch einen Beistand am Aufenthaltsort zu überwachen; ferner seien die bereits superprovisorisch verfügten Auflagen aufzuheben.
Der Appellationshof (II. Zivilkammer) des Kantons Bern wies die Begehren ab und bestätigte den Massnahmenentscheid (Ziffer 2) einschliesslich der Verpflichtung des Kindsvaters, sämtliche Reise- und Identitätspapiere des Kindes X._____ auf der Gerichtskanzlei zu hinterlegen, und des Verbots, das Kind aus der Schweiz wegzubringen oder wegbringen zu lassen, unter Androhung von Straffolgen im Widerhandlungsfall (Ziffer 3 des Entscheids vom 23. Mai 2001).

Mit staatsrechtlicher Beschwerde wegen Verletzung von Art. 8 EMRK (Anspruch auf Achtung des Privat- und Familienlebens) beantragt I.M._____ die Aufhebung der Ziffer 3 des Appellationsentscheids. Für das Verfahren vor Bundesgericht stellt er Gesuche um aufschiebende Wirkung und um unentgeltliche Rechtspflege. Während der Appellationshof auf eine Stellungnahme zum Gesuch um aufschiebende Wirkung verzichtet hat, begehrt die Beschwerdegegnerin dessen Abweisung.

Der Präsident der II. Zivilabteilung des Bundesgerichts hat das Gesuch um aufschiebende Wirkung abgewiesen (Verfügung vom 9. Oktober 2001). Vernehmlassungen zur Sache sind nicht eingeholt worden. I.M._____ hat seiner Beschwerdeschrift noch eine "sprachliche Ergänzung" angefügt (Schreiben vom 12. Oktober 2001).

2.- Eine Verletzung von Art. 8 EMRK durch die verfügten Auflagen erblickt der Beschwerdeführer darin, dass die vertraute Beziehung des Kindes zu dessen Grossmutter in Serbien behindert werde und dass er sich bei Reisen ins Ausland von seinem Kind trennen müsse. Die Auflagen zur Gewährleistung des persönlichen Verkehrs seien weder nötig noch verhältnismässig und entbehrten der gesetzlichen Grundlage.

a) Vorsorgliche Massnahmen im Abänderungsprozess lassen sich auf Art. 137 Abs. 2 ZGB stützen und umfassen die Regelung des persönlichen Verkehrs gemäss Art. 273 ff. ZGB (vgl. etwa Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, N. 5 und N. 25 zu Art. 137 ZGB).
Die inhaltliche Gestaltung der Besuchsrechtsordnung kann Auflagen und Bedingungen erfordern, wie z.B. das Verbot, mit dem Kind die Schweiz zu verlassen, und die Verpflichtung, die Ausweisschriften des Kindes zu hinterlegen (vgl. etwa Hegnauer, Berner Kommentar, N. 117a zu Art. 273 ZGB; Meier/ Stettler, Les effets de la filiation (art. 270 à 327 CC), Fribourg 1998, N. 278 S. 131 ff., mit weiteren Beispielen).
Der Vorwurf des Beschwerdeführers, das Gericht nenne keine besondere gesetzliche Grundlage für die verfügten Beschränkungen, ist damit unbegründet. Das ZGB enthält in diesem Gebiet eine Regelung, die mit Art. 8 EMRK in Einklang steht (Haefliger/Schürmann, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2.A. Bern 1999, S. 267).

b) Die angerufene Konventionsgarantie schliesst die angefochtenen Massnahmen nicht von vornherein aus. Art. 8 EMRK schützt das Recht beider Elternteile und deshalb auch dasjenige der Beschwerdegegnerin als Kindsmutter auf Zugang zu ihrem Kind und auf Kontakt zu ihm (Abs. 1); eine gesetzlich vorgesehene Massnahme, die dieses Recht beschränkt oder gewährleisten soll, ist rechtmässig, soweit der Schutz des Kindes - dessen körperliches und seelisches Wohlbefinden - sie gebietet (Abs. 2; BGE 107 II 301 E. 6 S. 304; 120 Ia 369 E. 4 S. 374; allgemein: Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2.A. Zürich 1999, N. 572- 575 S. 366 ff.). Die Beurteilung verlangt somit eine Interessenabwägung.
In den daherigen Ermessensentscheid greift das Bundesgericht nur mit Zurückhaltung ein; es verfügt über eine Kognition, die im Ergebnis einer Willkürprüfung gleichkommt (BGE 120 II 384 E. 5 S. 387).

c) Der persönliche Kontakt zur Beschwerdegegnerin, der die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, hat für die psychische Entwicklung des Kindes entscheidende Bedeutung; die Verwirklichung der - von der Beschwerdegegnerin auch gewünschten - Mutter-Kind-Beziehung geht dabei einem Recht der Grosseltern auf persönlichen Verkehr mit ihrem Enkel vor (Meier/Stettler, a.a.O., N. 238 S. 110 und N. 247 a.E. S. 116; Hegnauer, N. 18-22 zu Art. 273 und N. 21 zu Art. 274a ZGB). Aus diesem - von Art. 8 EMRK gleicherweise garantierten (Villiger, a.a.O., N. 572 S. 366) - Recht der Grosseltern kann für sich allein somit nichts abgeleitet werden, abgesehen davon, dass die Grossmutter im vorliegenden Verfahren nicht Beschwerde geführt hat.

Dass die getroffenen Anordnungen zur Ermöglichung und Überwachung des persönlichen Verkehrs zwischen dem Kind und der Beschwerdegegnerin "unumgänglich" sind (E. 5 S. 7 des angefochtenen Entscheids), belegt ohne weiteres das Verhalten des Beschwerdeführers. Es muss als Verstoss gegen die Loyalitätspflicht gewertet werden, dass der Beschwerdeführer nach Rechtshängigkeit des Abänderungsprozesses das Kind in seine Heimat Serbien verbracht hat und dort von seiner Mutter und Grossmutter des Kindes betreuen lässt, während er als Sorgeberechtigter Wohnsitz in Bern behält (Hegnauer, N. 133 f. zu Art. 273 und N. 12 zu Art. 274 ZGB; Meier/ Stettler, a.a.O., N. 255 S. 120); unter diesen Umständen hat der Appellationshof offensichtlich keine EMRK-Bestimmungen verletzt und ist gestützt auf Art. 8 EMRK vielmehr im Interesse des Kindes ver-

pflichtet gewesen, mit geeigneten Massnahmen dem Vorgehen des Beschwerdeführers entgegenzutreten, das den persönlichen Verkehr zwischen Mutter und Kind vereitelt bzw. unnötig erschwert (vgl. die Nachweise bei Brötel, Schutz des Familienlebens, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, RabelsZ 63/1999 S. 580 ff., S. 593 ff.; Wildhaber/Breitenmoser, Internationaler Kommentar zur EMRK, Stand April 1992, N. 394 zu Art. 8 EMRK). Die getroffenen Massnahmen verwirklichen im Übrigen auch die Zielsetzung des Übereinkommens über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (SR 0.211. 230.02), die sofortige Rückgabe widerrechtlich in einen Vertragsstaat verbrachter oder dort zurückgehaltener Kinder sicherzustellen (Art. 1 lit. a) und zu gewährleisten, dass das in einem Vertragsstaat bestehende Besuchsrecht in den andern Vertragsstaaten tatsächlich beachtet wird (Art. 1 lit. b und Art. 21); diesen Grundsätzen darf Rechnung getragen werden, selbst wenn ein Staat - wie offenbar Serbien - dem Übereinkommen nicht beigetreten ist.

Schliesslich liegt auch keine konventionswidrige Einschränkung darin, dass der Beschwerdeführer mit dem Kind keine Auslandferien verbringen kann oder über dessen Ausweispapiere im Alltag nicht verfügt, wo sie nötig sein könnten. Vorsorgliche Massnahmen im Abänderungsprozess sind - selbst auf Grund blosser Neubeurteilung des gleichen Sachverhalts - gerichtlich abänderbar, soweit das Kindeswohl eine andere Ordnung gebietet (BGE 120 II 229 E. 3b/bb S. 234; vgl. etwa Schwenzer, in: Praxiskommentar Scheidungsrecht, Basel 2000, N. 17 zu Art. 137 ZGB); Auflagen zur Gewährleistung des persönlichen Verkehrs können aufgehoben, geändert oder neu erlassen werden (Hegnauer, N. 56 f. und N. 132 zu Art. 275 ZGB; Meier/Stettler, a.a.O., N. 666 S. 316 und N. 726 f. S. 337). Die angefochtenen Anordnungen erscheinen deshalb nicht als unverhältnismässig: Bei ausgewiesenem Bedürfnis kann der Beschwerdeführer die Herausgabe der Papiere des Kindes und die Bewilligung für eine Auslandreise verlangen, indem er auf gerichtliche Anordnung hin anderweitig dafür Sicherheit leistet, dass das Kind in die Schweiz zurückgebracht wird und der persönliche Kontakt mit der Beschwerdegegnerin wieder durchgeführt werden kann, z.B. durch Leistung einer Friedensbürgschaft nach Art. 57 StGB (vgl. zu dieser und weiteren Möglichkeiten: Hammer-Feldges, Persönlicher Verkehr - Probleme der Rechtsanwendung für Vormundschaftsbehörden, Richter und Anwälte, ZVW 48/1993 S. 15 ff., S. 23).

3.- Die staatsrechtliche Beschwerde muss aus den dargelegten Gründen abgewiesen werden. Der Beschwerdeführer wird damit kostenpflichtig und hat die Beschwerdegegnerin für ihre Stellungnahme zum Gesuch um aufschiebende Wirkung zu entschädigen (Art. 156 Abs. 1 und Art. 159 Abs. 1 und 2 OG).
Seinem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege kann wegen offensichtlicher Unbegründetheit der Beschwerde und damit Aussichtslosigkeit der gestellten Begehren nicht entsprochen werden (Art. 152 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.- Die staatsrechtliche Beschwerde wird abgewiesen.

2.- Das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.

3.- Die Gerichtsgebühr von Fr. 1'000.– wird dem Beschwerdeführer auferlegt.

4.- Der Beschwerdeführer hat die Beschwerdegegnerin für die Stellungnahme zum Gesuch um aufschiebende Wirkung mit Fr. 500.– zu entschädigen.
5.- Dieses Urteil wird den Parteien und dem Appellationshof (II. Zivilkammer) des Kantons Bern schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 13. November 2001

Im Namen der II. Zivilabteilung
des SCHWEIZERISCHEN BUNDESGERICHTS
Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber: